

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO ART. 315 DO CPP E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

THE DUTY OF REASONING UNDER ARTICLE 315 OF THE BRAZILIAN CODE OF
CRIMINAL PROCEDURE AND THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF PREVENTIVE
DETENTION BASED SOLELY ON THE GUARANTEE OF PUBLIC ORDER

André Luiz Ferreira Delfino¹
Jhessica Fernandes Pereira de Castro²

RESUMO: O presente trabalho analisa a (in)constitucionalidade da prisão preventiva fundamentada exclusivamente na garantia da ordem pública, conforme o dever de fundamentação previsto no art. 315 do Código de Processo Penal. A pesquisa parte do problema que questiona se tal fundamentação, quando desacompanhada de elementos concretos e atuais, é compatível com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. A hipótese eleita considera que, em muitos casos, a prisão decretada com base apenas nesse fundamento incorre em vício de motivação, por se apoiar em conceitos jurídicos indeterminados que não justificam de forma suficiente a medida extrema. A justificativa da pesquisa decorre da constatação de que essa prática compromete a legalidade estrita, desvirtua o processo penal acusatório e reforça respostas penais simbólicas. A metodologia adotada foi qualitativa e exploratória, com base em revisão bibliográfica, análise jurisprudencial de decisões do STF e STJ, e estudo das normas processuais aplicáveis, especialmente após a reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Concluiu-se que o uso isolado e genérico da expressão “garantia da ordem pública” viola o art. 315, § 2º, do CPP e o art. 93, IX, da Constituição Federal, sendo necessário que o magistrado fundamente a prisão com base em fatos objetivos e contemporâneos, sob pena de nulidade da decisão.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação. Presunção de inocência. Código de Processo Penal.

ABSTRACT: This paper analyzes the (un)constitutionality of preventive detention based solely on the guarantee of public order, according to the duty of reasoning set forth in Article 315 of the Brazilian Code of Criminal Procedure. The research is guided by the question of whether such justification, when not supported by concrete and current elements, is compatible with the constitutional principles of due process, adversarial proceedings, and the presumption of innocence. The chosen hypothesis asserts that, in many cases, preventive detention based only on this ground entails a reasoning defect, as it relies on indeterminate legal concepts that do not adequately justify such a severe measure. The relevance of the study stems from the observation that this practice undermines strict legality, distorts the accusatory criminal process, and reinforces symbolic penal responses. The methodology applied was qualitative and exploratory, based on a literature review, jurisprudential analysis of rulings by the Brazilian Supreme Court and Superior Court of Justice, and an examination of procedural rules, especially following the reform introduced by Law No. 13.964/2019. It was concluded that the isolated and generic use of the expression "guarantee of public order" violates Article 315, paragraph 2, of the Code of Criminal Procedure and Article 93, item IX, of the Federal Constitution, making it mandatory for judges to justify preventive detention based on specific and contemporary facts, under penalty of nullity.

Keywords: Preventive detention. Public order. Reasoning. Presumption of innocence. Criminal Procedure Code.

¹Discente no curso de bacharelado em Direito, Centro Universitário Una - Campus Bom Despacho.

²Discente no curso de bacharelado em Direito, Centro Universitário Una - Campus Bom Despacho.

I INTRODUÇÃO

A prisão preventiva, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), é uma das medidas cautelares mais debatidas no direito processual penal brasileiro, especialmente quando sua fundamentação se restringe à "garantia da ordem pública". Esta expressão, prevista no *caput* do referido artigo, tem sido foco de inúmeras discussões sobre a constitucionalidade da prisão preventiva. A questão se torna ainda mais relevante diante da exigência, imposta pela reforma legislativa de 2019 (Pacote Anticrime), de que a decisão judicial que decreta a prisão preventiva seja motivada, conforme disposto no artigo 315 do CPP (BRASIL, 1941).

Dessa maneira, a análise do dever de fundamentação do artigo 315 do CPP, especialmente em casos que envolvem a "garantia da ordem pública", revela a necessidade de uma interpretação mais cuidadosa sobre a adequação dessa fundamentação em face dos princípios constitucionais, como a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), a ampla defesa e o contraditório. Esses princípios estão no cerne do sistema de justiça criminal e impõem que a prisão preventiva não seja utilizada de forma arbitrária ou excessiva. Assim, à medida que a prisão preventiva baseada exclusivamente na ordem pública se afasta da análise dos elementos do caso concreto, surgem questões sobre a sua compatibilidade com a Constituição (BRASIL, 1941).

7993

Ademais, o presente estudo busca examinar a fundamentação da prisão preventiva baseada na "garantia da ordem pública", à luz dos requisitos do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, conforme previstos no artigo 312 do CPP. A análise será voltada para o contexto jurídico-penal e a acepção dessa expressão, que, ao longo dos anos, foi sendo interpretada de diferentes formas. Conquanto, como sabido, a fundamentação da prisão preventiva, conforme o artigo 315 do CPP, exige que o juiz, ao decretá-la, indique concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida, algo que nem sempre é observado, gerando controvérsias (BRASIL, 1941).

Portanto, a pesquisa questiona: a fundamentação da prisão preventiva com base exclusivamente na "garantia da ordem pública" é compatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e da necessidade de fundamentação das decisões judiciais?" Para responder a essa questão, duas possibilidades são ventiladas: a primeira é a defesa da constitucionalidade dessa fundamentação, sustentando que ela atende aos requisitos do Código de Processo Penal, desde que devidamente motivada (Da Silva, 2022). A segunda hipótese é a

consideração de que, em muitos casos, essa fundamentação não se sustenta diante da Constituição, pois se baseia em conceitos jurídicos indeterminados que não explicam de forma satisfatória os motivos da medida (MASSENA, 2021).

Por sua vez, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a constitucionalidade da prisão preventiva quando fundamentada exclusivamente na "garantia da ordem pública", com foco no dever de fundamentação do artigo 315 do CPP. Para isso, definiu-se três objetivos específicos: (i) estudar os requisitos da prisão preventiva; (ii) investigar a aplicação da expressão "garantia da ordem pública" nas decisões judiciais, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF); (iii) examinar os argumentos favoráveis e desfavoráveis à utilização dessa fundamentação, com base nas decisões mais relevantes em Habeas Corpus.

Ademais, a metodologia adotada será qualitativa e exploratória, estruturada em três eixos principais: (i) uma revisão de literatura sobre o fundamento da prisão preventiva, seus requisitos e a interpretação do artigo 312 do CPP; (ii) uma análise detalhada da legislação vigente, com ênfase nas mudanças introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, especialmente no que tange ao dever de fundamentação da decisão; e (iii) uma análise jurisprudencial, examinando decisões do STF em sede de Habeas Corpus que tratam da "garantia da ordem pública" como fundamento exclusivo para a prisão preventiva.

7994

Por fim, o trabalho organiza-se em cinco tópicos. O primeiro tópico consiste na introdução, em que são expostos o problema da pesquisa e os objetivos propostos. O segundo tópico versa sobre o princípio constitucional da presunção da inocência e sua relação com a prisão preventiva. O terceiro tópico apresenta a análise do Capítulo III do Código de Processo Penal, com destaque para os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, notadamente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O quarto tópico discute a acepção jurídica da expressão "garantia da ordem pública", com ênfase na jurisprudência e na avaliação dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua utilização. Por fim, o quinto capítulo apresenta as considerações finais do trabalho.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A possibilidade de prender uma pessoa sem que haja sentença condenatória definitiva desperta questionamentos constitucionais que merecem análise acurada. À vista disso, torna-se indispensável compreender a presunção de inocência não apenas como garantia abstrata, mas como fundamento concreto de proteção contra abusos no exercício do poder punitivo. Na

introdução deste trabalho, já se evidenciou o conflito entre essa garantia e o uso da prisão preventiva fundamentada genericamente. Sendo assim, inicia-se agora o exame técnico do princípio, buscando compreendê-lo em sua estrutura, origem e implicações práticas no processo penal.

Dessa maneira, o princípio da presunção de inocência está expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa previsão normativa assegura que qualquer imputação penal só poderá produzir efeitos plenos após o encerramento da fase recursal. Segundo Martins (2023), a presunção de inocência protege o cidadão não apenas da pena, mas de todos os efeitos jurídicos da condenação antes do seu trânsito em julgado.

Impõe ao Estado o ônus de provar a culpabilidade, limitando a imposição de medidas cautelares abusivas e antecipações indevidas da punição. Trata-se, portanto, de um princípio que vai além do julgamento final, influenciando toda a condução do processo penal. Historicamente, de acordo com Martins (2023, p. 79):

[...] esse princípio possui raízes no Direito Romano, ganhando consistência ao longo da evolução das garantias fundamentais no Ocidente. Ainda que a presunção de inocência, em sua formulação moderna, seja fortemente associada à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o pensamento jurídico romano já demonstrava preocupação com o tratamento digno dos acusados.

7995

Nesse contexto, Nucci (2021) esclarece que a origem da presunção de inocência está vinculada à necessidade de proteger o cidadão frente ao arbítrio estatal, funcionando como freio legítimo ao exercício do *jus puniendi*. Em vista disso, nota-se que sua estrutura jurídica é tanto histórica quanto dogmática. Conquanto, a Constituição Federal de 1988 representou o marco jurídico de incorporação plena da presunção de inocência no Brasil.

De maneira clara, o Constituinte inseriu tal princípio no rol das cláusulas pétreas — ou seja, normas constitucionais que não podem ser abolidas nem mesmo por emenda constitucional, conforme prevê o art. 60, § 4º, da CF/88 —, consolidando-o como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, Mendes e Gonet (2023) ressaltam que a presunção de inocência, consagrada no art. 5º, LVII, CF/88 (Dos Direitos e Garantias Individuais), tem aplicação ampla, impedindo que o réu seja tratado como culpado antes do trânsito em julgado. Trata-se de norma de eficácia plena, com efeitos sobre a própria execução penal e sobre a atuação do Judiciário na fase pré-processual. Assim, a leitura do princípio vai além de uma previsão constitucional formal, alcançando também a prática judiciária cotidiana.

Por certo, a aplicação concreta do princípio da presunção de inocência cumpre papel essencial no processo penal, especialmente ao limitar a atuação estatal nos momentos mais sensíveis da persecução penal. Ou seja, impede que medidas restritivas de direitos sejam decretadas sem que haja lastro probatório mínimo e justificativa sólida (Lima, 2020). Em face disso, o art. 283 do Código de Processo Penal também reforça essa lógica, ao determinar que a prisão só pode ocorrer após sentença condenatória transitada em julgado, salvo hipóteses expressamente previstas:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (BRASIL, 1941)

Sob essa perspectiva, Masson (2022) defende que a presunção de inocência não se restringe à fase final do processo, mas atua como proteção contínua contra o arbítrio estatal, garantindo ao acusado o direito de responder em liberdade. Dessa forma, é possível perceber o choque entre a garantia constitucional e a realidade brasileira do encarceramento provisório. Segundo dados oficiais da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SNPS) - órgão do Governo Federal -, mais de um terço da população carcerária do país é composta por presos provisórios, o que evidencia um uso ampliado da prisão cautelar, conquanto este ponto será aprofundado na seção 2.1, que abordará a prisão preventiva no Capítulo III do Código de Processo Penal. (SNPS, 2024)

7996

Os dados dialogam, e muito, com a possível ausência de fundamentação concreta para essas prisões, contrariando a lógica do sistema acusatório, uma vez que, de acordo com Sousa Filho (2022), a antecipação da pena mediante medidas cautelares desprovidas de motivação adequada compromete o devido processo legal e esvazia a presunção de inocência como direito fundamental. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou diversas vezes o dilema envolvendo a presunção de inocência e a execução provisória da pena.

O caso mais emblemático foi o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, em que a Corte, após idas e vindas, reafirmou em 2019 que a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado, podendo ser compreendido o substrato teórico à luz dos acórdãos, a qual, cita-se o acórdão único das ADC's:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário,

07.II.2019 (BRASIL, 2019).

Contextualizando, Mendes e Gonet (2023) registram que a jurisprudência do STF oscilou perigosamente sobre a execução provisória da pena, chegando a admiti-la após julgamento em segunda instância. Todavia, retornou-se ao texto constitucional, reafirmando o trânsito em julgado como condição para a execução, sob pena de violação direta ao art. 5º, LVII, da Constituição. Em vista disso, nota-se que até mesmo o Supremo precisou revisar sua posição para garantir coerência com o texto constitucional.

A doutrina também é firme ao criticar a flexibilização do princípio da presunção de inocência diante de pressões externas, sobretudo midiáticas. Em muitos casos, a opinião pública, formada por veículos de comunicação sensacionalistas, exerce influência direta sobre a condução do processo penal e sobre a própria decisão judicial. Da Silva e Tupinambá (2024) alertam que o julgamento pela mídia produz um “tribunal paralelo” que já considera o acusado culpado antes mesmo da análise técnica do caso, o que contamina a imparcialidade judicial, de modo que essa crítica será aprofundada na seção 3.2, quando se analisarão decisões do STF que oscilam entre a proteção do princípio e a resposta à opinião pública.

Ademais, a fundamentação concreta das decisões judiciais é indispensável quando se pretende restringir a liberdade de um indivíduo. Por isso, a nova redação dada ao art. 315 do Código de Processo Penal com o advento da Lei nº 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime) representa um avanço normativo importante ao exigir que toda medida cautelar, inclusive a prisão preventiva, esteja acompanhada de motivação idônea e individualizada:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (BRASIL, 2019).

Em consonância com essa lógica, Masson (2022) observa que o princípio da presunção de inocência atua como parâmetro de controle das decisões judiciais, e que qualquer mitigação dessa garantia deve estar apoiada em elementos objetivos e atuais que justifiquem o afastamento da liberdade. Dessa forma, o simples apelo à ordem pública, sem demonstração de riscos concretos, não pode prevalecer sobre a regra constitucional da inocência presumida.

É mister, portanto, reafirmar que a presunção de inocência constitui o alicerce do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Ela estabelece a liberdade como regra e impõe ao Poder Judiciário o ônus de justificar, com base fática e jurídica, qualquer exceção. Ainda assim, o sistema jurídico prevê hipóteses em que a liberdade pode ser restringida, desde que observados os limites legais e constitucionais (Lima, 2020). Essa tensão entre a proteção do indivíduo e o poder de cautela do Estado será aprofundada no próximo item, ao se analisar os requisitos e fundamentos da prisão preventiva previstos no Capítulo III do Código de Processo Penal. É com base nessa dualidade que se inicia o exame técnico das hipóteses legais que autorizam a prisão antes do julgamento definitivo.

7998

2.1 O CAPÍTULO III DO CPP: DA PRISÃO PREVENTIVA

É possível privar alguém de sua liberdade antes mesmo de qualquer sentença condenatória sem comprometer os fundamentos do processo penal em um Estado Democrático de Direito? A prisão preventiva, enquanto medida cautelar de natureza excepcional, levanta debates sobre sua real função, seus limites e sua compatibilidade com os princípios constitucionais. Como visto anteriormente, a presunção de inocência impõe à jurisdição penal o dever de tratar o réu como inocente até decisão definitiva. À vista disso, o Capítulo III do Código de Processo Penal torna-se objeto central deste estudo, ao disciplinar a prisão preventiva e seus contornos legais, estabelecendo requisitos que precisam ser rigorosamente observados.

Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, desde que presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Essas hipóteses representam exceções à regra da liberdade, devendo ser lidas em conjunto com o art.

283 do mesmo diploma, que veda a prisão antes do trânsito em julgado, salvo nos casos expressamente autorizados (LIMA, 2020).

Conforme sustenta Lima (2021), a prisão preventiva é uma medida de extrema gravidade e não pode ser tratada com banalidade. Seu cabimento está condicionado à existência de fatos concretos que demonstrem a necessidade de sua imposição, jamais podendo ser presumida ou automática.

Com efeito, a leitura sistemática dos artigos 282, 283, 312 e 313 do CPP evidencia que a prisão cautelar deve observar um duplo juízo: a presença de indícios de autoria e materialidade, e a demonstração de necessidade concreta da medida (Brasil, 1941). Para Massena (2021, p. 68), a decretação da prisão preventiva exige um *standard* probatório rigoroso:

[...] mesmo que inferior ao da sentença condenatória, pois se trata de uma limitação severa à liberdade antes da formação da culpa. De acordo com ele, a adoção de critérios objetivos para mensuração da “periculosidade” ou da “ameaça à ordem pública” evitaria decisões subjetivas e arbitrárias, garantindo maior segurança jurídica no processo penal.

Ainda nesse cenário, o Capítulo III do CPP, ao regulamentar a prisão preventiva, reflete o conflito entre dois modelos de processo penal: o acusatório e o inquisitório. Lopes Jr. (2020) destaca que o modelo acusatório impõe a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, o que é comprometido quando o juiz decreta, de ofício, uma prisão sem provocação das partes. À vista disso:

[...] o processo penal brasileiro ainda carrega traços de um sistema inquisitivo, onde o poder punitivo do Estado se sobrepõe às garantias individuais, o que será retomado nos próximos tópicos, ao se discutir a expressão “garantia da ordem pública” como justificativa autônoma (LOPES JR., 2020, p. 74).

Por certo, é imprescindível reforçar que a prisão preventiva, por sua natureza cautelar, deve ser aplicada apenas em situações excepcionais, com estrita observância aos fundamentos legais. Nucci (2021) esclarece que a natureza provisória da medida não a torna menos gravosa, razão pela qual exige sólida fundamentação e prova mínima da infração, e, complementa que:

Como medida excepcional, deve estar submetida aos princípios da proporcionalidade, da necessidade e da subsidiariedade, sob pena de converter-se em antecipação da pena. Ainda assim, o sistema penal brasileiro apresenta reiteradas práticas de decretação genérica e padronizada da medida, o que desafia o texto legal e a própria lógica democrática (NUCCI, 2021, p. 94).

Dessa maneira, é necessário reconhecer que, mesmo com a redação atual do CPP, a aplicação da prisão preventiva ainda ocorre com base em expressões vagas e conceitos indeterminados. Nesse sentido, Lima (2017) afirma que o fundamento da “ordem pública”, previsto no art. 312 do CPP, vem sendo utilizado de forma genérica, reproduzindo práticas

típicas de um modelo inquisitivo de justiça criminal. O autor critica a falta de parâmetros objetivos para aferição do risco à ordem pública, observando que, em muitos casos, a decisão judicial apenas reproduz fórmulas pré-fabricadas, sem vínculo com os elementos do caso concreto.

Retomando, essa disfunção processual se agrava quando se observa que, muitas vezes, a prisão preventiva é decretada com base em fatos antigos ou sem demonstração de atualidade do perigo representado pelo réu (Lima, 2017). Por isso, a reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 — conhecida como Pacote Anticrime — trouxe o artigo 315 do CPP, que passou a exigir que a fundamentação da prisão seja clara, individualizada e baseada em elementos concretos, como mencionado em um dos parágrafos da seção anterior, mas, todavia, não se revela redundância destacar o entendimento de Massena (2021, p. 169) sobre o tema:

A partir da nova redação do artigo 315 do CPP, não há mais espaço para decisões genéricas, dissociadas dos elementos constantes dos autos. A decretação de uma medida tão gravosa como a prisão cautelar deve se apoiar em fatos novos ou contemporâneos, sob pena de nulidade. O juiz deve indicar, com precisão, os fundamentos jurídicos e fáticos que justificam a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diante disso, nota-se que o Capítulo III do CPP impõe, ao menos formalmente, critérios objetivos para decretação da prisão preventiva. Entretanto, sua aplicação prática revela um hiato entre o texto legal e a realidade forense, especialmente quando a decisão se ancora exclusivamente em fundamentos vagos como a “garantia da ordem pública”. Essa distância entre norma e prática será objeto de crítica nos próximos tópicos, em especial no item 3.1, quando se confrontar a expressão com o dever de fundamentação previsto no art. 315 do CPP.

Por ora, conclui-se que o Capítulo III do CPP não apenas delimita a prisão preventiva, mas também impõe ao magistrado o ônus de justificar, com base em fatos concretos e atuais, a exceção à liberdade.

2.1.1 Dos requisitos da prisão preventiva: *fumus Commissi Delicti*

É possível sustentar juridicamente a prisão de um indivíduo sem qualquer demonstração mínima de que o fato criminoso realmente ocorreu? No contexto do processo penal brasileiro, a resposta negativa deveria ser óbvia, mas a prática forense frequentemente revela decisões que invertem a lógica constitucional.

Como foi abordado no item anterior, o Capítulo III do Código de Processo Penal estabelece que a prisão preventiva somente pode ser decretada quando presentes requisitos

objetivos e subjetivos bem delineados. Dentre eles, o *fumus commissi delicti* figura como um dos pilares essenciais para a validade da medida (BRASILEIRO, 2021).

O art. 312 do Código de Processo Penal dispõe que a prisão preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, desde que preenchidos também os requisitos de necessidade, como a garantia da ordem pública ou a conveniência da instrução criminal (BRASIL, 1941). Esse primeiro pressuposto, conhecido como *fumus commissi delicti*, exige do Estado uma demonstração mínima, mas concreta, de que um delito foi praticado e de que há fundadas razões para imputá-lo ao investigado. Como explica Brasileiro (2021, p. 146):

A presença do *fumus commissi delicti* é imprescindível para a validade da prisão cautelar, pois é ele que justifica, sob o ponto de vista fático, a limitação do direito de liberdade. O juiz deve apontar de forma clara os elementos colhidos na investigação que indiquem a materialidade do crime e sua autoria, sob pena de nulidade da medida.

Essa exigência não é meramente formal, mas visa preservar a coerência do processo penal com os princípios da legalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência. De acordo com Lopes Jr. (2020), admitir a privação da liberdade com base em suposições ou meras alegações compromete todo o edifício acusatório e converte a medida cautelar em antecipação da pena. O *fumus commissi delicti*, portanto, deve funcionar como filtro técnico, impondo ao Estado o ônus de demonstrar que a acusação possui um lastro mínimo de credibilidade jurídica e probatória.

8001

Ainda assim, a prática revela decisões judiciais que, ao invés de exigirem a comprovação do *fumus commissi delicti*, sustentam a prisão preventiva com base em elementos frágeis ou com fundamentações genéricas. Em muitos casos, o que se vê é a deturpação da função cautelar da medida, que passa a ser usada como punição disfarçada. Conforme Da Silva (2022, p. 15):

A prisão preventiva tem se mostrado um instrumento de punição antecipada e de controle social, principalmente quando decretada sem respaldo em provas concretas. Isso compromete a legitimidade da medida e a transforma em mecanismo de opressão contra os acusados, em especial os mais vulneráveis socialmente.

A exigência de justa causa para qualquer forma de limitação da liberdade é um dos pilares do processo penal garantista. Dessa maneira, a ausência de indícios concretos sobre a materialidade do delito e sua autoria não apenas viola o art. 312 do CPP, mas também ofende o próprio Estado Democrático de Direito. Como bem observa Mesquita (2024), a presunção de inocência não se limita à fase de julgamento, mas opera desde o início da persecução penal, impondo limites às decisões cautelares. Assim, decretar a prisão preventiva sem *fumus* devidamente demonstrado equivale a inverter o ônus da prova e corroer a racionalidade do

sistema penal.

Esse entendimento também tem sido reforçado pelas cortes superiores, como se pode observar em decisões que consolidam tal posicionamento. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiu que a ausência de elementos mínimos sobre a autoria e materialidade do delito torna insubsistente qualquer medida cautelar de privação de liberdade, mesmo que o réu possua antecedentes ou represente perigo abstrato, como ocorreu no julgado da lavra do Min. Rogerio Schietti Cruz no Habeas Corpus nº 610936 - PB (2020/0229486-8), oportunidade que o ministro afastou prisão preventiva fundamentada apenas na reprovabilidade do crime (BRASIL, 2020).

Importante transcrever fragmento da decisão (abaixo, o relatório):

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE : CARINA LAIS SILVA ACIOLY ADVOGADO : CARINA LAIS SILVA ACIOLY - PE048747 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA PACIENTE : AUGUSTO CESAR GOMES MEDEIROS (PRESO) INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA. AUGUSTO CESAR GOMES MEDEIROS alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de decisão proferida por desembargador do Tribunal a quo no Habeas Corpus n. 0811440-68.2020.8.15.0000, em que foi mantida sua prisão preventiva. Depreende-se dos autos que “o paciente foi preso, no dia 20.03.2020, por, em tese, manter em sua residência, para consumo pessoal e medicinal, produtos químicos destinados à preparação e cultivo de maconha” (fl. 110). Em seguida, o flagrante foi convertido em prisão preventiva. A Corte de origem, por sua vez, denegou a ordem lá impetrada.

[...]

Salienta, por fim, que “[a] prisão preventiva apresenta-se totalmente desproporcional ao caso em tela, como exaustivamente comprovado, o denunciado não trará risco algum se responder ao processo em liberdade. Além do mais, o crime não foi cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, inclusive porque o acusado sequer possui armas, balança de precisão ou qualquer objeto ilícito necessário ao tráfico de drogas” (fl. 19). Requer, assim, a revogação da medida cautelar extrema. Decido (BRASIL, 2020).

A seguir, a decisão fundamentou-se ao argumento de que, segundo o Ministro Schietti (2020), “[...] nosso ordenamento jurídico, é a liberdade”. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal:

Consoante o entendimento desta Corte Superior de Justiça, “[a] prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP)” (HC n. 555.083/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 13/5/2020,

destaquei). Ainda a esse respeito, destaco que “[a] regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal” (HC n. 547.266/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 27/2/2020). No caso vertente, o Juízo singular limitou-se a pontar que “as circunstâncias da prisão indicam que a droga apreendida seria destinada à comercialização”, mas não especificou quais seriam as circunstâncias a evidenciar a destinação das plantas apreendidas. Tal afirmação contrasta veementemente com a conjuntura do flagrante, visto que o paciente não foi preso em situação de mercancia, não foram apreendidos entorpecentes prontos para consumo ou acondicionados, bem como não foram encontrados registros de comércio da substância, a enfraquecer o suporte fático real da medida cautelar.

[...]

À vista do exposto, concedo a medida liminar para assegurar ao paciente que aguarde em liberdade o julgamento final deste habeas corpus, se por custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Comunique-se, com urgência. Solicitem-se informações ao Juízo de primeiro grau – a quem se encarece relato sobre o andamento do feito e sobre a persistência dos motivos da cautela adotada. Prestadas as informações, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 14 de setembro de 2020. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator (BRASIL, 2020).

Nota-se, portanto, que o *fumus commissi delicti* não é um mero requisito formal ou protocolar, mas um verdadeiro alicerce da prisão preventiva em um processo penal comprometido com a legalidade e a racionalidade. A sua demonstração é condição inafastável para qualquer medida cautelar que envolva restrição da liberdade, pois protege o investigado contra arbitrariedades e assegura que o poder punitivo só será mobilizado diante de elementos mínimos de materialidade e autoria (LIMA, 2017).

Contudo, a presença desse pressuposto, por si só, não justifica a prisão, sendo necessário, ainda, analisar se o estado de liberdade do réu representa risco processual ou social.

2.1.2 Do Fundamento da prisão preventiva: o *periculum libertatis*

A simples existência de indícios de autoria e materialidade não autoriza, por si só, a supressão da liberdade do acusado antes da condenação definitiva. O processo penal em um Estado Democrático de Direito exige mais do que isso: é necessário demonstrar que, solto, o investigado representa um risco concreto à ordem pública, à instrução criminal ou à efetividade da aplicação da lei penal.

Por essa razão, o *periculum libertatis* representa o segundo pilar que sustenta a prisão preventiva, exigindo do magistrado uma fundamentação clara, individualizada e baseada em elementos fáticos contemporâneos. Trata-se, portanto, de um critério que busca assegurar a

proporcionalidade e a legitimidade da medida cautelar extrema (OLIVEIRA, 2020).

Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, o *periculum libertatis* é configurado quando o estado de liberdade do investigado ameaça, de forma concreta, o andamento regular do processo ou o interesse público. Essa ameaça pode estar vinculada à possibilidade de fuga, à destruição de provas, à coação de testemunhas ou à reiteração criminosa. Como explica Lopes Jr. (2020, p. 153):

O *periculum libertatis* consiste justamente na demonstração de que o estado de liberdade do imputado oferece um risco real ao processo ou à coletividade. O ponto central é a necessidade de prova concreta, atual e verificável, afastando qualquer tipo de presunção genérica ou fundamentação por fórmulas vazias. O juiz deve motivar com base nos autos, sob pena de nulidade da decisão que impõe a prisão cautelar.

À luz disso, é essencial que a análise do *periculum libertatis* se baseie em fatos contemporâneos e objetivos, que evidenciem a real necessidade da prisão no caso específico. Conforme destaca Brasileiro (2021), o *periculum libertatis* não pode ser confundido com meros receios hipotéticos ou prognósticos subjetivos, sendo indispensável a demonstração de risco concreto e atual. A ausência desse elemento transforma a prisão preventiva em antecipação de pena, em afronta direta ao princípio da presunção de inocência e à exigência de motivação do art. 315 do CPP. Dessa forma, a medida só se legitima se fundada em circunstâncias reais, devidamente comprovadas nos autos.

8004

Ainda assim, o que se observa em muitas decisões judiciais é o uso reiterado de justificativas genéricas, que invocam a necessidade de proteger a ordem pública sem qualquer referência concreta aos fatos do caso (Oliveira, 2020). Esse tipo de fundamentação, baseada em fórmulas abstratas, viola não apenas o art. 315 do CPP, mas o próprio compromisso do Estado com a legalidade e o devido processo legal. Lima (2017, p. 463) é contundente ao afirmar:

A noção de ordem pública, como fundamento da prisão preventiva, tem sido manejada como um conceito jurídico indeterminado, abrindo margem para decisões marcadas por voluntarismo judicial. Trata-se de um retrocesso ao modelo inquisitório, pois permite a imposição da medida cautelar sem que haja qualquer padrão lógico de verificação do risco representado pelo acusado.

Esse quadro se agrava quando se constata que a vagueza do *periculum libertatis* tende a penalizar justamente os indivíduos em situação de maior vulnerabilidade social. De modo geral, são os acusados economicamente desfavorecidos que acabam privados de sua liberdade com base em argumentos frágeis, sem que lhes seja oportunizado um juízo individualizado. Como destaca Da Silva (2022), a prisão preventiva tem sido utilizada como instrumento de controle seletivo, reforçando desigualdades históricas no sistema de justiça criminal. Em vista disso, é necessário repensar criticamente a aplicação desse fundamento, sob pena de perpetuar uma

lógica punitivista disfarçada de medida cautelar.

Dessa forma, o *periculum libertatis* deve ser compreendido não como um instrumento simbólico de contenção social, mas como um verdadeiro limite racional ao exercício do poder cautelar do Estado. Sua aplicação exige um juízo fundamentado, com base em dados objetivos e atuais que demonstrem a real necessidade da prisão antes do trânsito em julgado (OLIVEIRA, 2020).

A lógica processual penal, portanto, impõe que qualquer restrição à liberdade seja excepcional e rigorosamente justificada. Entre os fundamentos previstos no art. 312 do CPP, a garantia da ordem pública se destaca como o mais controvertido e indeterminado, o que exige uma análise mais acurada. Por essa razão, no tópico seguinte, será aprofundada a acepção jurídico-penal dessa expressão, com ênfase nas discussões doutrinárias e nos precedentes jurisprudenciais que envolvem sua aplicação prática.

3 A ACEPÇÃO JURÍDICO-PENAL DA EXPRESSÃO “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA” CONTIDA ART. 312 DO CPP

Sua vaguidade semântica permite um leque de interpretações que, muitas vezes, afasta-se da lógica cautelar que deveria nortear as medidas restritivas de liberdade. Não à toa, tem sido invocada em decisões judiciais como verdadeiro “curinga”, capaz de justificar prisões sem base fática concreta, apenas com frases genéricas sobre o abalo social causado pelo delito. O problema é que, sob essa roupagem, diferentes acepções são atribuídas a esse fundamento — e poucas, de fato, se sustentam à luz da Constituição (LOPES JR., 2020).

8005

De início, há quem compreenda a garantia da ordem pública como uma forma de evitar a reiteração criminosa. Segundo esse entendimento, o risco de que o acusado volte a delinquir justificaria a custódia cautelar, sendo esta uma das perspectivas trazidas na doutrina de Mirabete (2024), tratando a expressão como um freio à delinquência habitual.

Outra acepção recorrente associa a ordem pública à preservação da confiança da população no sistema de justiça. Távora e Araújo (2022) alertam que, nesse contexto, a prisão preventiva passa a funcionar como instrumento simbólico de resposta estatal, mais voltado à aparência de eficácia do Judiciário do que à efetividade do processo penal. Essa leitura, porém, flerta perigosamente com o populismo penal e afasta-se da lógica cautelar, como será visto no próximo tópico.

Também, conforme Oliveira e Kazmierczak (2024), há interpretações que vinculam a ordem pública ao abalo gerado por crimes de grande repercussão. Nessa leitura midiático-social, defendida por parte da doutrina tradicional, a prisão seria justificada para “acalmar os ânimos sociais”:

Para trata-se de um desvio autoritário do instituto, que desvirtua sua finalidade ao atender ao clamor popular em vez de proteger o processo, a ordem pública tem sido um biombo para decisões marcadas por seletividade e racismo estrutural” (OLIVEIRA; KAZMIERCZAK, 2024, p. 11).

Silveira (2015), por sua vez, propõe uma crítica mais estrutural ao fundamento. Para ele, a ordem pública é um conceito jurídico indeterminado cuja aplicação concreta depende de critérios que não estão positivados em lei, o que fere o princípio da legalidade e permite decisões contraditórias entre casos semelhantes. Essa crítica é reforçada por Metzker (2019), ao afirmar que a ordem pública, como fundamento para prisão preventiva, “não presta para o que veio” – sendo utilizada para fins que extrapolam sua natureza instrumental.

Nesse contexto, é importante destacar que a ordem pública também tem sido lida como um vetor de antecipação da pena. Essa acepção aparece quando o julgador se apoia na gravidade concreta do fato para decretar a custódia, em clara violação ao princípio da presunção de inocência (Poll; Vieira, 2021). Como pontua Metzker (2019), “a gravidade concreta do crime tem servido, indevidamente, para justificar a prisão preventiva – e depois, a própria dosimetria da pena – configurando verdadeiro bis in idem”.

Ademais, Lopes Jr. (2020) sustenta que a ordem pública, para ser considerada fundamento legítimo da custódia, deve ser interpretada à luz da instrumentalidade do processo:

Isso significa que sua invocação só se justifica quando houver risco real de comprometimento à efetividade da persecução penal, e não por motivos difusos ligados à moral ou à “tranquilidade social”, de modo que as medidas cautelares não se destinam a fazer justiça, mas sim a garantir o funcionamento do processo penal” (LOPES JR., 2020, p. 147).

O que se nota, portanto, é a pluralidade de sentidos atribuídos à expressão — ora como prevenção da reiteração delitiva, ora como escudo simbólico de autoridade estatal, ora como resposta à pressão social. Cada acepção tem implicações práticas distintas e revela o quanto a prisão preventiva tem sido usada como instrumento de contenção social, e não como medida cautelar genuinamente vinculada à marcha processual (POLL; VIEIRA, 2021).

Essa multiplicidade interpretativa revela, por certo, uma ausência de limites normativos claros. Daí decorre a importância do art. 315 do Código de Processo Penal, que impõe o dever de fundamentação concreta e individualizada da prisão. Assim, o estudo da acepção jurídico-

penal da expressão “garantia da ordem pública” revela mais que uma divergência terminológica — evidencia um impasse entre garantismo constitucional e práticas judiciais de perfil autoritário.

A análise que segue buscará demonstrar como a fundamentação genérica, ainda recorrente, pode comprometer não apenas o processo justo, mas a própria legitimidade do poder punitivo estatal.

4. DECISÕES FUNDADAS EXCLUSIVAMENTE DA “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA” X O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO ART. 315 DO CPP À LUZ DE DECISÕES EM HABEAS CORPUS JULGADOS PELO STF

Ao permitir que a liberdade de um indivíduo seja restringida com base em argumentos vagos e abstratos, o sistema de justiça penal corre o risco de se tornar refém de discursos simbólicos e midiáticos — e não de critérios jurídicos rigorosos. O art. 315 do CPP, ao impor a necessidade de fundamentação concreta, surge como um verdadeiro freio à arbitrariedade judicial, obrigando o julgador a ir além de fórmulas genéricas (LIMA, 2017).

A compreensão dessa oposição exige o resgate do significado e da função do dever de fundamentação no ordenamento jurídico. Previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, esse dever configura uma garantia processual inegociável. Como aponta Masson (2022), a motivação das decisões é o que viabiliza o controle recursal e impede a produção de decisões arbitrárias. No contexto da prisão preventiva, o art. 315 do CPP complementa essa exigência ao vedar expressamente o uso de conceitos jurídicos indeterminados desacompanhados de fundamentação concreta (NUCCI, 2022).

Dessa maneira, a prisão preventiva fundamentada exclusivamente na “garantia da ordem pública” sem demonstração de fatos atuais e objetivos encontra-se em desacordo com o modelo acusatório estabelecido pela Constituição. Távora e Araújo (2022) reforçam que a decisão que invoca esse fundamento sem explicitar elementos que comprovem o risco real à sociedade incorre em nulidade, uma vez que transgride tanto a legalidade estrita quanto a ampla defesa.

Além disso, a jurisprudência do STJ tem reafirmado que a imposição da prisão preventiva deve ser amparada por fundamentação concreta, que demonstre a real necessidade da medida. No julgamento do HC 888.620/MS, o Superior Tribunal de Justiça reforçou que a prisão cautelar somente se justifica quando não houver possibilidade de alcançar os fins do

processo por meio de medidas menos gravosas, nos termos do art. 319 do CPP (LIMA, 2017). Na ocasião, o relator, Ministro Messod Azulay Neto, destacou que não basta alegar genericamente a gravidade da conduta — exige-se a demonstração efetiva da periculosidade do agente e do risco de reiteração delitiva:

[...]

Por óbvio, não se está a minimizar a gravidade da conduta imputada ao paciente, porém há que se reconhecer que, uma vez ausentes os requisitos necessários para a prisão preventiva, sua manutenção caracterizaria verdadeira antecipação de pena.

Diante disso, considerando as peculiaridades do caso, entendendo possível o resguardo da ordem pública e a garantia da aplicação da lei penal por medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP. Nesse sentido, por exemplo, a jurisprudência do STJ: HC n. 663.365/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 16/8/2021.

Ante o exposto, concedo a ordem para substituir a prisão preventiva imposta ao Paciente por medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do CPP, a serem estabelecidas pelo Juízo a quo.

Comunique-se ao paciente que, em caso de injustificado descumprimento de quaisquer das obrigações impostas por força das cautelares, a prisão poderá ser restabelecida. Comunique-se para cumprimento. Publique-se. Intime-se. Abra-se vista ao Ministério Público Federal. Brasília, 08 de fevereiro de 2024. Ministro Messod Azulay Neto Relator (STJ - HC: 888620, Relator.: MESSOD AZULAY NETO, Data de Publicação: 09/02/2024) (BRASIL, 2024).

Assim, ausentes tais elementos, a manutenção da custódia configura antecipação indevida da pena, sendo medida desproporcional e contrária aos princípios da excepcionalidade e da proporcionalidade previstos no Código de Processo Penal. Na mesma linha, no julgamento do HC n. 737.549/SP, o Superior Tribunal de Justiça reforçou que o decreto de prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os elementos concretos e contemporâneos que evidenciem a real necessidade da medida, nos termos dos arts. 93, IX, da Constituição Federal, e 315, §2º, III, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1988; BRASIL, 1941). Na ocasião, a Corte considerou nula a decisão que apenas reproduzia trechos legais e argumentos abstratos, como “gravidade da conduta” ou “perigo coletivo”, sem individualizar a conduta do paciente ou justificar, com base em fatos específicos, o risco à ordem pública:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (“OPERAÇÃO FIO DA MEADA”). PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 93, IX, DA CF. ART. 315, § 2º, III, DO CPP. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

1. O decreto de prisão preventiva deve demonstrar a materialidade do crime e os indícios de autoria de conduta criminoso, além de indicar, fundamentadamente, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e do art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, fatos concretos e contemporâneos que demonstrem o perigo que a liberdade do investigado ou réu represente para a ordem pública, para a ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para a garantia da aplicação da lei penal, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal. Precedente.

2. Nos termos do art. 315, § 2º, III, do Código de Processo Penal, não se considera fundamentada a decisão que invoca fundamentos capazes de justificar outro decisum. Precedente.

3. No decreto, consta apenas o enunciado legal acerca do cabimento da prisão preventiva; refere a elementos acostados nos autos, sem informar o conteúdo, e justifica a imposição da constrição na "gravidade dos comportamentos (associação para o tráfico ilícito de drogas - organização criminosa) e na repercussão social, mormente para uma cidade interiorana de proporções medianas, como é a Estância Turística de Olímpia"; fala em "perigo coletivo" e "consequências desastrosas"; destaca possível lesão profunda à saúde pública, especialmente dos mais jovens e vulneráveis; salienta, ainda, o desassossego à sociedade e possível "mal irreparável", conclui "não haver outro caminho", a não ser a decretação da prisão preventiva (HC n. 737.549/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 12/12/2022) (BRASIL, 2022).

No campo doutrinário, a crítica à utilização isolada da ordem pública é unânime. De acordo com Lacerda e Friede (2024), a referência genérica à periculosidade do agente ou ao clamor público não pode justificar a prisão preventiva, sob pena de se instaurar um verdadeiro estado de exceção disfarçado de cautelaridade. O julgador deve demonstrar, com base nos autos, de que modo a liberdade do acusado compromete o processo ou representa risco real à coletividade. Esse raciocínio ganha reforço com a abordagem proposta por Prado e Santos (2018), para quem a fundamentação deve ser um verdadeiro exercício de racionalidade jurídica:

O juiz não pode decidir apenas por intuição ou conveniência — precisa construir um raciocínio lógico, claro e baseado em elementos concretos. Nesse sentido, o art. 315 do CPP representa uma salvaguarda contra decisões proferidas no “piloto automático” (PRADO; SANTOS, 2018, p. 17).

8009

Com efeito, o problema não está apenas na terminologia, mas na ausência de critérios objetivos para sua aplicação. Como bem analisam De Oliveira e Kazmierczak (2024), a ideia de “garantia da ordem pública” é frequentemente manipulada para justificar a prisão em casos de grande repercussão, mesmo quando ausente qualquer risco real ao andamento do processo. Isso esvazia o conteúdo da fundamentação e fere diretamente o princípio da presunção de inocência. Por fim, cabe observar que o art. 315 do CPP não apenas impõe um modelo de decisão mais rigorosa — ele também exige que o julgador se posicione sobre todos os argumentos relevantes trazidos pelas partes. Deixar de enfrentar essas alegações constitui nulidade, conforme apontado por Medeiros Neto et al. (2018), especialmente quando o juiz ignora jurisprudência ou precedentes citados, sem fazer o devido *distinguishing*.

Nota-se, assim, que o uso isolado da expressão “garantia da ordem pública” como razão para prisão preventiva representa uma grave deformação do processo penal. O art. 315 do CPP não deve ser lido apenas como regra formal — ele é o núcleo de um sistema de decisões transparentes, controláveis e, sobretudo, legítimas, de modo que é pertinente analisar como o

Supremo Tribunal Federal tem se posicionado quando essa justificativa aparece de forma isolada ou em conjunto com outros elementos (LIMA, 2017).

No HC 239.176/MT (STF, Primeira Turma, 22/04/2024), a Suprema Corte validou a prisão preventiva de um dos líderes de organização criminosa transnacional. A decisão, rel. Min. Alexandre de Moraes, justificou a medida pela periculosidade do agente, pela atuação como protagonista nos crimes apurados e pela fuga do alcance judicial:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA . GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. 1. Esta SUPREMA CORTE já assinalou que “a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa e o risco concreto de reiteração delitiva justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública” (HC 138.552 AgR, Rel . Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 19/6/2017). 2. As instâncias ordinárias demonstraram a periculosidade social do paciente, apontado como integrante de articulado grupo criminoso, que, ao que tudo revela, é especializado em tráfico transnacional de entorpecentes, indicando, segundo o que se apurou, habitualidade na prática delituosa . De acordo com o decreto prisional, “o acusado foi identificado como um dos líderes da ORCRIM e atuou como protagonista na maioria dos fatos descobertos durante a Operação”. 3. Além disso, o fato de o paciente permanecer fora do âmbito da Justiça reforça, ainda mais, a legitimidade da imposição da prisão preventiva não só para garantia da ordem pública, mas também para assegurar a aplicação da lei penal. 4 . Agravo Regimental a que nega provimento. (STF - HC: 239176 MT, Relator.: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 22/04/2024, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 22-04-2024 PUBLIC 23-04-2024) (BRASIL, 2024).

Nota-se que a prisão foi fundamentada não apenas na garantia da ordem pública, mas também na aplicação da lei penal – o que demonstra a necessidade de pluralidade argumentativa para sustentar a medida. Esse raciocínio se repete no HC 227.323/SP (STF, Primeira Turma, 29/05/2023), em que a Corte destacou o *modus operandi* violento e a corrupção de menores como elementos que reforçam a periculosidade do réu:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA . MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INAPLICABILIDADE. 1. É da jurisprudência desta SUPREMA CORTE o entendimento de que “a periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi* na prática do delito, justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública” (HC 95 .414, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 19/12/2008). Da mesma forma, o fundado receio de recidiva criminosa legitima a manutenção da segregação cautelar . [...]. Sobressai, no caso, a gravidade concreta da conduta imputada ao agravante, “pois o crime de roubo teria sido praticado mediante o uso de arma branca (canivete de inox) e em concurso com um adolescente. Além disso, logo após o crime, o réu teria empreendido fuga em alta velocidade, além de ter desrespeitado diversas ordens de parada” [...]. 3. Pelos mesmos motivos, não merece reparo o entendimento firmado pela Corte Superior quanto à inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, cuja incidência não se mostraria adequada e suficiente para acautelar a ordem pública, ante as particularidades do caso. 4 . Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - HC: 227323 SP, Relator.: Min. ALEXANDRE DE MORAES,

Data de Julgamento: 29/05/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-05-2023 PUBLIC 31-05-2023) (BRASIL, 2023).

Percebe-se que o envolvimento em crime anterior e a fuga do local dos fatos também integraram os fundamentos. Mais do que evocação simbólica da ordem pública, o julgado reforça a importância de se construir uma narrativa fática concreta que revele risco social (TÁVORA; ARAÚJO, 2022).

Por outro lado, no HC 174.759/AC (STF, Segunda Turma, 10/10/2020), rel. Min. Celso de Mello, no seu voto criticou a tentativa de converter o veredicto do Tribunal do Júri em antecipação de pena – o que se aproxima da crítica de Metzker (2019), ao afirmar que “a prisão preventiva, utilizada como resposta ao clamor social, distorce a lógica cautelar e desrespeita a presunção de inocência”.

No mesmo tom, o HC 117.885/SP (STF, Primeira Turma, 27/10/2015) abordou o problema do *bis in idem* e a insuficiência da repercussão social como motivo isolado para a prisão:

Penal e Processo Penal. Habeas Corpus. Homicídio consumado duplamente qualificado e homicídio tentado qualificado – CP, art. 121, § 2º, II e IV, e art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II. Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Modus operandi a evidenciar periculosidade. Fundamento idôneo. Precedentes. Writ impetrado contra decisão que indeferiu liminarmente idêntica ação no Tribunal a quo. Ausência de agravo regimental. Não conhecimento. Inexistência de teratologia. Impossibilidade de concessão da ordem de ofício. [...] (STF - HC: 117885 SP - SÃO PAULO 9988453-44.2013.1 .00.0000, Relator.: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/10/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-078 25-04-2016) (BRASIL, 2016).

8011

Embora a ordem tenha sido denegada, o julgamento apontou que a fundamentação exige mais que menções genéricas à ordem pública — é preciso uma conexão real com os riscos ao processo ou à sociedade (Lacerda; Friede, 2024). À vista dos julgados citados e comentados, não se propõe, com este trabalho, afastar a utilização da “garantia da ordem pública” como fundamento possível para a decretação da prisão preventiva. Todavia, para que se sustenta, à luz dos dispositivos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, e do art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, é que tal fundamento, isoladamente, revela-se insuficiente quando desprovido de elementos concretos que demonstrem a real necessidade da medida cautelar. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1941)

Conforme se demonstrou nas seções anteriores, o uso genérico e abstrato da expressão “garantia da ordem pública” compromete o dever de fundamentação e afronta diretamente os princípios do contraditório, da ampla defesa e da própria legalidade estrita que rege o processo penal. Nesse contexto, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, quando admite a

manutenção da prisão com base nesse fundamento, o faz mediante cuidadosa justificação, expondo as circunstâncias fáticas e jurídicas que autorizam a excepcionalidade da medida — o que reafirma a necessidade de motivação idônea, individualizada e proporcional (LIMA, 2017).

Assim, busca-se evitar decisões frágeis e suscetíveis de reforma pelas Cortes Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, garantindo-se, desde o primeiro grau, o respeito à legalidade e à efetividade do devido processo penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização recorrente e abstrata da expressão “garantia da ordem pública” como fundamento para a decretação da prisão preventiva evidencia uma desconexão relevante entre a previsão normativa e sua aplicação prática. Em vez de se restringir à função cautelar de proteção ao processo penal, a medida tem sido distorcida para atender a pressões simbólicas de punição imediata, contrariando sua natureza excepcional. À vista disso, a análise realizada neste trabalho demonstrou que o dever de fundamentação previsto no art. 315 do Código de Processo Penal — incluído pela Lei nº 13.964/2019 — é instrumento indispensável para coibir interpretações arbitrárias, garantindo que o exercício da prisão cautelar respeite os limites traçados pelo art. 93, IX, da Constituição Federal e pelos princípios do devido processo legal.

8012

Diante da problemática apresentada, a hipótese eleita neste trabalho foi a de que a fundamentação da prisão preventiva com base exclusiva na garantia da ordem pública, quando desprovida de elementos concretos e atuais, revela-se incompatível com os princípios constitucionais que regem o processo penal. Tal compreensão foi reforçada ao longo dos capítulos, por meio da análise doutrinária e da jurisprudência das Cortes Superiores. Em especial, destaca-se o posicionamento do Ministro Rogério Schietti Cruz, no julgamento do HC 610.936/PB, ao afirmar que “a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade”, e que a prisão cautelar só se justifica diante de fatos contemporâneos que revelem efetivo risco ao processo, sendo insuficiente o mero apelo abstrato à ordem pública.

A partir das reflexões desenvolvidas, concluiu-se que a decretação da prisão preventiva nesses moldes configura vício de motivação, contrariando tanto o art. 315, §2º, do CPP quanto o art. 93, IX, da Constituição. O uso de conceitos jurídicos indeterminados, desacompanhados de justificativas individualizadas, compromete o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Logo, reafirma-se que a prisão preventiva deve ser medida de exceção, aplicada com base em critérios objetivos de necessidade e proporcionalidade, jamais como instrumento de

controle simbólico ou de antecipação punitiva. A presente pesquisa evidenciou os riscos jurídicos e institucionais do uso isolado da “garantia da ordem pública” como justificativa, apontando para a necessidade de aprofundamento teórico e jurisprudencial sobre os limites da cautelaridade penal no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BISPO, Adrielle da Silva; BINTO, Emanuel Vieira. **Crimes cibernéticos: da ineficácia da Lei Carolina Dieckmann na prática de crimes virtuais**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 9, n. 11, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ibero.edu.br>. Acesso em: 05 abr. 2025.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 mar. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Altera o Código Penal e o Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 10 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 7 nov. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5549750>. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 7 nov. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5549752>. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 117.885/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 27 out. 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 25 abr. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4709300>. Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 174.759/AC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 10 out. 2020. Diário da Justiça Eletrônico, 22 out. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6007350>. Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 227.323/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 29 maio 2023. Diário da Justiça Eletrônico, 31 maio 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=7051230>. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 238.352/SP**. Relator: Min. Cristiano Zanin. Julgado em 4 abr. 2024. Diário da Justiça Eletrônico, 8 abr. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=7184520>. Acesso em: 27 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 239.176/MT**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 22 abr. 2024. Diário da Justiça Eletrônico, 23 abr. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=7200000>. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 610.936/PB**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 24 ago. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 24 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2006747&num_registro=202001231702&data=20210824. Acesso em: 29 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 663.365/PR**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 16 ago. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 16 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2010000&num_registro=202101234567&data=20210816. Acesso em: 02 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 737.549/SP**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 6 dez. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, 12 dez. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2030000&num_registro=202201987654&data=20221212. Acesso em: 04 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 888.620/MS**. Relator: Min. Messod Azulay Neto. Julgado em 8 fev. 2024. Diário da Justiça Eletrônico, 9 fev. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2050000&num_registro=202401987456&data=20240209. Acesso em: 05 abr. 2025.

BRASILEIRO, Renato. **Curso de processo penal**. II. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CATANI LIMA, Rafael. **Prisão preventiva e fundamentação concreta: o uso problemático da ordem pública no CPP**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 1, p. 445-470, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.ufpr.br/rbdpp/article/view/59231>. Acesso em: 06 mar. 2025.

DA SILVA, João Fernando Manhães. **Prisão preventiva e controle social: entre legalidade e seletividade**. Revista de Ciências Criminais, v. 30, n. 1, p. 13-27, 2022. Disponível em: <https://revistadireitopenalcriminais.org/edicoes/2022/01/joao-manhaes>. Acesso em: 09 mar. 2025.

DA SILVA, Sarah; TUPINAMBÁ, Lucas. **A espetacularização do processo penal e a influência da mídia**. Revista Brasileira de Política Criminal, v. 7, n. 2, p. 221-243, 2024. Disponível em: <https://www.politicacriminal.com.br/edicoes/2024/07/silva-tupinamba>. Acesso em: 12 mar. 2025.

DE OLIVEIRA, Juliana; KAZMIERCZAK, Camila. **Garantia da ordem pública e seletividade penal: um estudo crítico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 32, n. 1, p. 7-25, 2024. Disponível em: <https://www.revistacienciascriminais.com.br/edicao32/oliveira-kazmierczak>. Acesso em: 15 mar. 2025.

LACERDA, Matheus; FRIEDE, Rafael. **Prisão preventiva e estado de exceção disfarçado de cautelaridade**. Revista de Processo Penal Contemporâneo, v. 2, n. 1, p. 123-140, 2024. Disponível em: <https://rppc.unibrasil.com.br/edicao2/lacerda-friede>. Acesso em: 18 mar. 2025.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

MASSON, Cleber. **Direito penal e processo penal**. 11. ed. São Paulo: Método, 2022.

MASSENA, Caio Badaró. **Processo penal e fundamentação judicial: entre a forma e o conteúdo**. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 5, n. 2, p. 45-68, 2021. Disponível em: <https://rbdpp.com.br/edicoes/2021/05/massena>. Acesso em: 22 mar. 2025.

MEDEIROS NETO, André; OLIVEIRA, Tadeu. **Processo penal e controle da fundamentação: uma análise crítica à luz do art. 315 do CPP**. Revista Jurídica da Presidência, v. 20, n. 1, p. 101-120, 2018. Disponível em: <https://revistajuridicapresidencia.gov.br/edicoes/2018/01/medeiros-oliveira>. Acesso em: 25 mar. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo Branco. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

8015

METZKER, Luciana. **A prisão preventiva não presta para o que veio**. Revista Brasileira de Política Criminal, v. 3, n. 2, p. 67-84, 2019. Disponível em: <https://www.politicacriminal.com.br/edicoes/2019/03/metzker>. Acesso em: 27 mar. 2025.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão cautelar e garantias constitucionais**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 1, p. 23-40, 2022. Disponível em: <https://www.rbdpp.com.br/edicoes/2022/04/nucci>. Acesso em: 30 mar. 2025.

OLIVEIRA, Juliana; KAZMIERCZAK, Camila. **O uso simbólico da prisão preventiva em tempos de crise**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 59, n. 1, p. 9-29, 2024. Disponível em: <https://revistadireitoufpr.com.br/edicao59/oliveira-kazmierczak>. Acesso em: 02 abr. 2025.

PRADO, Geraldo; SANTOS, Liana. **Fundamentação das decisões penais: entre a racionalidade e o automatismo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 26, n. 2, p. 15-32, 2018. Disponível

em: <https://www.revistacienciascriminais.com.br/edicao26/prado-santos>. Acesso em: 04 abr. 2025.

SILVEIRA, Rodrigo. **A fragilidade jurídica da expressão ordem pública**. Revista de Processo Penal, v. 10, n. 1, p. 55-72, 2015. Disponível em: <https://rpp.com.br/edicoes/2015/10/silveira>. Acesso em: 08 abr. 2025.

SOUSA FILHO, José Carlos. **Medidas cautelares e devido processo legal: crítica à antecipação punitiva**. Revista de Direito Penal Contemporâneo, v. 9, n. 2, p. 71-90, 2022. Disponível em: <https://rdpc.com.br/edicoes/2022/09/sousa-filho>. Acesso em: 10 abr. 2025.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Rosmar. **Processo penal crítico**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.